



NOTA SOBRE ALGUNOS ASPECTOS RELATIVOS A LAS FUNDACIONES DE BENEFICENCIA PARTICULAR

ENRIQUE ARGULLOL

I. INTRODUCCION

Por diversas razones, durante los últimos tiempos han alcanzado una cierta resonancia las cuestiones relacionadas con las fundaciones privadas. Después de varias décadas sin que se produjeran cambios en este sector del ordenamiento, la Ley General de Educación y de Financiación de la Reforma Educativa de 1970 generó el proceso que condujo en 1972 a una nueva regulación de las fundaciones culturales y docentes que supuso una acomodación de la vieja legislación del siglo pasado a las realidades de hoy para mejorar las posibilidades de encauzar por esta vía nuevas iniciativas (1).

La Constitución de 1978 ha proclamado el derecho de fundación co-

(1) Prueban el renovado interés por el tema, y limitándonos a algunos trabajos de los mencionados en otras notas, las siguientes publicaciones: de Castro y Bravo, *"Sobre la pretendida validez de las fundaciones familiares"*, en Anuario de Derecho civil, 1953; Badenes Gasset, *"Las fundaciones de derecho privado"*, Barcelona, 1977; Maluquer de Motes Bernet, *"La Fundación como persona jurídica en la Codificación Civil: de vinculación a persona (estudio de un proceso)"* Barcelona 1983; Martín Retortillo Baquer, L., *"Cuestiones de competencia: el inequívoco sentido de permanencia de las fundaciones"* en RAP, 1979, p. 315; Vilaseca i Marcet, *"Fundaciones culturales privadas"*, en Revista Jurídica de Cataluña, 1973, p. 319 y ss.

Asimismo, deben citarse los trabajos publicados por el Centro de Fundaciones con la denominación de "Temas de Fundaciones", y también el volumen "Quinto coloquio sobre entidades sin finalidad lucrativa", Madrid, 1978.

Cuadernos de la Facultad de Derecho, 7 (PALMA DE MALLORCA 1984).

mo uno de los derechos de los ciudadanos españoles en el artículo 34, condicionándolo a la realización de finalidades de interés general y señalando que su ejercicio debe someterse a los términos previstos en la legislación correspondiente (2). Por otra parte, en el proceso de institucionalización de las Comunidades Autónomas, diversos Estatutos de Autonomía han otorgado a éstas competencia en materia de fundaciones lo que, dado el sistema de asignación de competencias, pone de manifiesto un mayor interés por esta figura jurídica. Las cláusulas competenciales son variadas tanto en lo que se refiere al ámbito material como a la tipología de las potestades públicas atribuidas. Señalemos aquí, al título de ejemplo, la previsión del artículo 9.24 del Estatuto de Autonomía de Cataluña que atribuye a la Generalidad competencia exclusiva —eso es, la totalidad de las potestades públicas según el artículo 25.2 del propio Estatuto— en materia de “Fundaciones y asociaciones de carácter docente, cultural, artístico, benéfico-asistencial y similares, que desarrollen principalmente sus funciones en Cataluña” (3). Entre la actividad legislativa desarrollada por la Comunidad Autónoma catalana destaca la Ley 1/1982, de 3 de marzo, de Fundaciones privadas, lo que constituye un nuevo indicio de la actualidad apuntada. Esta ley supone la reforma y reunificación de la regulación de las fundaciones, que se proyecta tam-

(2) El artículo 34 de la Constitución textualmente dispone: “1. Se reconoce el derecho de fundación para fines de interés general, con arreglo a la ley. 2. Regirá también para las fundaciones lo dispuesto en los apartados 2 y 4 del artículo 22”.

A este respecto deben tenerse en cuenta, Díez Picazo y Ponce de León, “*Potestad legislativa en materia de fundaciones en España tras la promulgación de la Constitución y de los Estatutos de Autonomía: Derecho comparado*”; Rico Pérez, “*Las Fundaciones en la Constitución española*”; Toledo, 1982.

(3) Cláusulas competenciales análogas están contenidas en el artículo 10.19 EA País Vasco; artículo 13.25 EA Andalucía y artículo 31.23 EA C. Valenciana. En el supuesto de Galicia, el artículo 27.26 EA Galicia prevé la competencia exclusiva comunitaria en orden al “régimen de las fundaciones de interés gallego”; en el de La Rioja, el artículo 10.1.3 EA LR asigna a la Comunidad la función ejecutiva, ajustándose a los términos que establezcan las leyes, y, en su caso, a las normas reglamentarias que para su desarrollo dicte el Estado, en materia de “Instituciones y fundaciones de interés exclusivo” para la región; en el caso de Castilla-La Mancha, Extremadura e Islas Baleares los artículos 35.m, 10.1.c y 16.1.a de sus respectivos Estatutos prevén que transcurridos cinco años, o antes por Ley orgánica, asuman competencias en materia de fundaciones, que es descrita en los términos ya conocidos del Estatuto de Cataluña; el Estatuto de Castilla-León en su artículo 29.1.1 prevé también una aplazada competencia comunitaria pero respecto de las “Fundaciones de interés para la Comunidad”; en fin, en el caso de Navarra la Ley Orgánica de reintegración y mejoramiento del Régimen Foral, el artículo 20 establece la competencia exclusiva en orden a las “fundaciones constituidas con arreglo a las normas del Derecho Foral de Navarra”.

Sobre estas atribuciones competenciales, Vid. Herrero Rodríguez de Miñón, “*La regulación de las fundaciones en los estatutos de autonomía: Visión general*”, en “Temas de Fundaciones”, cit.

bién en una configuración unitaria del protectorado (4). A ella haremos referencia, además de hacerlo a la legislación estatal, al examinar los aspectos que son objeto de consideración en estas páginas.

Con la nueva situación institucional y, en concreto, a raíz de la renovación de los órganos de gobierno local, los nuevos gestores, al inventariar los servicios relacionados con la administración local, han constatado en algunos casos que la presencia pública local en determinadas instituciones no se produce al amparo de las diversas formas de prestación de los servicios públicos, sino que la entidad local tenía encomendada la gestión de un establecimiento que tenía personalidad jurídica privada, generalmente como resultado de la constitución de fundaciones a favor de las poblaciones, que a veces se remontan al medioevo. Al plantearse la introducción de reformas en los órganos de gobierno de estas instituciones se ha puesto de relieve la complejidad —fruto de intervenciones en distintos y muy distantes momentos— de las correspondientes normas estatutarias. Se acumulan en ocasiones al documento fundacional, la escueta orden de clasificación dictada al amparo de la legislación decimonónica y disposiciones que, si bien pueden tener apariencia de norma de régimen interior, con frecuencia, por su contenido, es preciso calificar como auténticos preceptos estatutarios. La identificación de los distintos elementos es además un momento necesario para establecer el procedimiento que debe observarse para alterar las formas de gobierno y gestión heredadas.

En relación con esta problemática, es preciso examinar la delimitación de la posición del Patronato y del Protectorado y el alcance de las funciones de éste, y la acotación de la materia estatutaria. Para ello, es conveniente, no obstante, una muy breve referencia inicial, de carácter general, al régimen de las fundaciones.

En un contexto inspirado por los principios de la legislación desvinculadora y desamortizadora, la existencia y continuidad de fundaciones benéficas particulares encontró ciertas dificultades a lo largo del siglo

(4) La Ley catalana de Fundaciones privadas fue publicada en el Diario Oficial de la Generalidad núm. 206, de 10 de marzo de 1982, y el Boletín Oficial del Estado núm. 77, de 31 de marzo de 1982. La Ley fue recurrida ante el Tribunal Constitucional por el Presidente del Gobierno, recurso posteriormente desistido. Para un examen de su contenido es interesante referirse al Dictamen emitido en relación con la misma por el Consejo Consultivo de la Generalidad de Cataluña publicado en el Butlletí Oficial del Parlament de Catalunya núm. 60, de 21 de diciembre de 1981. Un análisis de esta Ley en Vilaseca i Marcet, "*Entorn de la legislació catalana sobre fundacions privades*", en Revista Jurídica de Cataluña, 1983, p. 7 y ss.

XIX al implantarse los nuevos esquemas liberales. Es éste un elemento que debe tenerse en cuenta para poder realizar, incluso hoy, una lectura sistemática del ordenamiento en el ámbito de las fundaciones de beneficencia particular, cuya regulación deriva aún de disposiciones del siglo pasado. Precisamente, esta actitud restrictiva o de desconfianza contribuye a explicar la intensa vigilancia a cargo de los poderes públicos a que quedan sometidas unas instituciones que tienen naturaleza privada. Por otra parte, las mismas normas reguladoras responden también a un doble patrón: normas de derecho privado y disposiciones de derecho administrativo.

La Ley General de Beneficencia de 20 de junio de 1849 reconocía expresamente en su artículo 1, (párrafos 2º y 3º), la existencia de instituciones privadas de beneficencia con carácter de fundaciones, y en el artículo 11 se configuraba el protectorado sobre dichos establecimientos. El Código Civil, al enumerar las personas jurídicas, contempla las fundaciones, si bien con la precisión de que las únicas fundaciones admitidas como tales personas jurídicas son las “de interés público reconocidas por la ley” (art. 35), es decir, las permitidas y reguladas por la legislación de beneficencia. Por tanto, no se da personalidad jurídica a cualquier fundación privada, sino únicamente a las que emplean dichos atributos para realizar finalidades que la ley ha declarado de interés público. Como ha señalado Gómez-Ferrer, dos son las características del artículo 35: en primer lugar, sólo acepta las fundaciones de interés público, únicas admitidas por el ordenamiento después de las Leyes desvinculadoras; y, en segundo lugar, exige que estén reconocidas por “Ley”, mención que sólo puede interpretarse en el sentido de ley formal, porque se trata de establecer una excepción a una ley formal, como es la que ordenó la desvinculación” (5).

En las fundaciones particulares existe, pues, una doble vertiente. La personalidad jurídica es privada, sin que la obligación de conseguir fines de interés público transforme dicha naturaleza privada, por más que precisamente dicha obligación de perseguir finalidades de interés público explica la existencia del protectorado y los beneficios que acompañan la clasificación como fundaciones benéficas. Por otra parte, las fundaciones, en cuanto masas de bienes ligadas a la consecución de fines de interés público, a los que se otorga la personalidad jurídica, son permanentes y, una vez constituidas, y por el hecho de la afectación al interés público, son irrevocables por la simple voluntad de los fundadores o de los

(5) Gómez Ferrer. “La nueva reglamentación de las Fundaciones Culturales Privadas” en Revista de Administración Pública, 1973, n. 70, p. 383.

administradores (6), ya que el interés público no puede dejarse a disposición de la voluntad privada. Por consiguiente, toda modificación, o en su caso la extinción, de las fundaciones únicamente podrá ser válida en los supuestos y según los procedimientos establecidos legalmente.

La normativa vigente en materia de fundaciones benéfico-asistenciales continúa siendo, aparte de la Ley de Beneficencia y del Código Civil ya citados, el R. Decreto y la Instrucción de 14 de marzo de 1899 y el R. Decreto de 17 de octubre de 1919. Por lo que respecta a las fundaciones docentes y culturales, su regulación está contenida en el Decreto de 21 de julio de 1971. Por lo demás, en Cataluña se ha establecido una nueva regulación de carácter general con la ya citada ley 1/1982 que se aplica a cualquier fundación privada siempre que ejerza sus funciones total o principalmente en su territorio.

Para la clasificación de una fundación como de beneficencia particular, que es el primer y esencial acto de la Administración del Estado en su función de protectorado, es necesario que se trate de instituciones creadas y dotadas con bienes particulares (art. 4 del R. Decreto de 14 de marzo de 1899), sin que no obstante sea un obstáculo recibir algunas subvenciones públicas (art. 5 del R. Decreto de 1899 y 1, tercer párrafo del R. Decreto de 17 de octubre de 1919). La clasificación implica el sometimiento al régimen previsto para este tipo de establecimientos el cual supone, por una parte, la atribución del gobierno y administración a los fundadores o patrones, únicos representantes jurídicos de la Fundación, y el control de la actividad de éstos al protectorado; y, por otra, la aplicación de un régimen especial sobre los bienes y el otorgamiento de beneficios fiscales y procesales.

En el caso de la legislación catalana se distingue entre el negocio jurídico fundacional, los estatutos en los que se contienen las reglas de organización y la dotación patrimonial que es imprescindible para la existencia de la Fundación (arts. 3, 4.b, 8.b y 8.d), prescindiéndose de actos de clasificación y adoptándose el sistema de registro en virtud de lo cual la inscripción es un requisito necesario para la eficacia del negocio jurídico fundacional y de la transmisión de la titularidad de los bienes pero sus efectos se producen desde el momento de otorgamiento de la escritura pública fundacional (art. 10).

(6) Artículo 9 del Decreto de 27 de septiembre de 1912.

II. EL PATRONATO DE LAS FUNDACIONES

El gobierno y administración de las Fundaciones corresponden a los patronos, de acuerdo con las previsiones de las normas creadoras o, en su ausencia, con las decisiones del protectorado.

La identificación exacta de este órgano de gobierno no plantea problemas especiales respecto de aquellas fundaciones establecidas modernamente. Más dificultosa es, en cambio, en el supuesto de fundaciones más antiguas, en particular cuando el patronato resulta encomendado a instituciones públicas, como sucede en muchos casos a Ayuntamientos en cuanto representantes de las respectivas ciudades. En este caso, si bien la titularidad del patronazgo corresponde al Ayuntamiento puede ejercitarlo directamente, a través de los órganos municipales o, como frecuentemente ha ocurrido, a través de una Junta designada por el Consistorio. Obviamente, la existencia de esta Junta no es un requisito, únicamente es necesario que exista un órgano de gobierno municipal, sin que sea obstáculo el carácter público o administrativo de los mismos, como se desprende del artículo 4 del R. Decreto de 14 de marzo de 1899 que, al definir la beneficencia particular, prevé que dichos establecimientos puedan ser confiados a "Corporaciones, autoridades o personas determinadas". También el artículo 60 de la Instrucción de la misma fecha recoge esta orientación (7). Ahora bien, cuando las instituciones públicas crean un órgano especial para el gobierno de la fundación cuyo patronazgo tienen atribuido, en ningún caso se produce una transferencia de la titularidad del patronazgo del Ayuntamiento a este órgano, que es un simple delegado para el ejercicio del patronazgo, que, en palabras de la Instrucción, ha sido "confiado por el Ministro de la Gobernación" a la institución de que se trate. A este respecto hay que recordar, asimismo, que no pueden confundirse los dos significados de la palabra "patronazgo o patronato". Un primer sentido se refiere a la atribución de titularidades y facultades. Un segundo significado incide en la denominación del órgano encargado de la gestión de las facultades inherentes al patronazgo.

En consecuencia, al titular del patronazgo le corresponde decidir sobre la forma de ejercitar las facultades de gobierno y administración inherentes al mismo, sin que anteriores opciones sean condicionamientos definitivos ya que una reforma de la organización se ampara en las fun-

(7) El artículo 60 prevé: "La fundación así clasificada será confiada por el Ministro de la Gobernación a las *Autoridades, Corporaciones* o particulares que deban ejercer su patronazgo y administración con arreglo a los títulos respectivos y a las leyes".

ciones propias del patronazgo que, por su carácter constituyente, son indelegables al órgano de gestión que pudiera existir el cual, por tanto, no puede condicionar, y menos impedir, la decisión del titular aunque implique la supresión del mismo.

III. LA CARTA FUNDACIONAL

La regulación originaria de las fundaciones antiguas es frecuentemente muy precaria, de forma que sus reglas son insuficientes para prever los procedimientos de gobierno. Para completar esas prescripciones, absolutamente breves, se dictaron disposiciones que, con la denominación de reglamentarias, constituían un auténtico complemento estatutario, en orden a cumplimentar las exigencias que la legislación de beneficencia o sobre fundaciones establecen en orden a la Carta fundacional o documentos constitutivos. Debemos advertir, además, que la regulación, confusa en ocasiones, de estas instituciones en la legislación del siglo pasado está lejos del mayor perfeccionamiento de algunas regulaciones sectoriales o generales recientes, pero, en cualquier caso se constató también entonces la necesidad de una ordenación precisa de los aspectos orgánicos y de funcionamiento de las fundaciones.

En este orden de consideraciones, puede citarse un R. Decreto de 6 de julio de 1853, que debe estimarse derogado, que al establecer los requisitos para la clasificación de los establecimientos, como hecho a probar, indicaba, entre otros, “Que su dirección y administración están confiadas a Corporaciones autorizadas por el Gobierno al efecto o a patronos designados por el fundador. Se considera autorizada por el Gobierno una Corporación siempre que tenga a su favor el reconocimiento del mismo o el tácito consentimiento de su ejercicio inmemorial; y se reputarán patronos designados los que hayan sucedido con arreglo a las fundaciones o apoyen su derecho en la posesión inmemorial”. Asimismo, la Instrucción de 1899, aún vigente, por lo que se refiere a las fundaciones benéfico-asistenciales, en su artículo 55 establecía que en los expedientes de clasificación debían constar necesariamente, entre otras prescripciones: “3º Sus fundadores y las personas que ejerzan su patronazgo y administración”; y el artículo 7, al regular el protectorado, atribuía al Ministro de la Gobernación, entre otras facultades, “la de modificarlas (las Fundaciones) en armonía con las nuevas conveniencias sociales y suplir, por medio de acuerdos y nombramientos absolutamente necesarios para el orden regular de las instituciones las evidentes omisiones de los fundadores y... Aprobar los reglamentos que las Juntas de... Patronos deberán formar para su régimen interior”. El R. Decreto de 27

de septiembre de 1912 y la Instrucción de 24 de julio de 1913, en relación con las fundaciones benéfico-docentes, contienen normas similares.

A la vista de estos preceptos es patente la necesidad de completar, en su caso, la brevedad o insuficiencia de los antiguos títulos fundacionales por lo que se refiere a elementos como son la composición de los órganos de gobierno y el funcionamiento de la institución que, de hecho, son elementos imprescindibles para el cumplimiento de la voluntad fundacional y la consecución de los fines de interés público, otorgándose a dichas normativas un valor o carácter estatutario.

Con una regulación técnicamente mucho más ajustada, las disposiciones más recientes confirman este planteamiento. Así, el Decreto de 21 de julio de 1972 que contiene el Reglamento de Fundaciones Culturales Privadas y Entidades análogas, al regular en su artículo 6º la Carta Fundacional, que es el instrumento constitutivo de la Fundación que debe ser objeto de inscripción en el correspondiente Registro público, establece el contenido mínimo de los Estatutos que han de comprender los aspectos orgánicos y las directrices para la realización de la voluntad fundacional (8). Por otra parte, la Ley de Fundaciones Privadas Catalanas, en su artículo 9, regula el contenido de los Estatutos, que forman parte de la carta fundacional que debe inscribirse en el Registro de Fundaciones y prevé, entre otros extremos, aspectos similares (9).

Las indicaciones son expresivas de una orientación que de forma más o menos explícita se encuentra en el ordenamiento vigente. Así se puede constatar, por una parte, que los documentos constitutivos de una fundación deben contemplar determinados extremos; por otra, que la legislación menos reciente prevé la posibilidad de completar tales elementos fundamentales a través de normativas complementarias a fin de hacer

(8) Concretamente, los números 4 y 5 del artículo 7 del Decreto de 21 de julio de 1972 disponen textualmente:

“4. Las reglas para la aplicación de las rentas al objeto fundacional y para la determinación de los beneficios.

5. El órgano que tenga a su cargo la representación y gobierno de la Fundación y los demás órganos de la Institución en su caso, con expresión de su composición, las reglas para la designación de sus miembros, sus atribuciones y la forma de deliberar y adoptar sus acuerdos”.

(9) Los apartados d) y e) de la Ley catalana disponen:

“d) Las reglas básicas para la aplicación de los recursos a las finalidades fundacionales y para la determinación de los beneficiarios.

e) La regulación del patronato, órgano de gobierno de la fundación, expresar su composición, su forma de designación y de renovación de los patronos, las facultades que asumirán y la forma de deliberar y de formar acuerdos”.

frente a la situación documental efectiva de las fundaciones antiguas.

IV. *EL ALCANCE DE LAS FACULTADES DEL PROTECTORADO*

Al plantear el tema del alcance de las funciones del protectorado, debemos circunscribirlo, en este apartado, a las modificaciones de la composición de los órganos de gobierno y, en general, a la alteración y sustitución de las disposiciones complementarias del documento originario, y a la “intensidad” de su intervención en orden a vigilar o tutelar dicha modificación. No se examina, pues, en este momento la extensión de las facultades del protectorado, sino únicamente se considera si existe en este caso, y la medida o profundidad de la intervención del protectorado.

En la resolución de esta cuestión será necesario advertir que nos encontramos actualmente en un momento transitorio. En primer lugar, las competencias sobre fundaciones y la titularidad del protectorado están en proceso de ser ejercidas por algunas Comunidades Autónomas, finalizando la vigilancia de la Administración estatal. Este aspecto será objeto de especial consideración en el siguiente epígrafe. La transitoriedad de la situación actual se refleja también en la regulación aplicable, ya que, por ejemplo, el Parlamento de Cataluña, como ya se ha dicho, ha aprobado una ley de fundaciones privadas. Por estos motivos parece conveniente examinar la intervención del Protectorado y su alcance, en un sentido amplio, contemplando el tema a la luz de las distintas normas vigentes.

De la Instrucción de 1899, tanto en función de los requisitos documentales del expediente de clasificación como de las facultades previstas en el artículo 7 —al que hemos aludido en el epígrafe anterior— puede deducirse que la modificación de la regulación de los aspectos orgánicos debe ser sometida al protectorado. La más reciente reglamentación estatal en materia de fundaciones prevé también las facultades del Protectorado en orden a la aprobación de las modificaciones de los Estatutos. Así, el artículo 51 del Reglamento de Fundaciones Culturales Privadas de 21 de julio de 1972. Por otra parte, la Ley de Fundaciones Privadas Catalanas prevé, en su artículo 10, que las modificaciones del contenido de los estatutos deben inscribirse en el Registro de Fundaciones de la Generalidad y en su artículo 14 se afirma que “dichos actos no pueden ser ejecutados sin la aprobación del protectorado”. En definitiva, está también clara en esta regulación la intervención del Protectorado.

Así pues, la primera de las cuestiones planteadas, consistente en si

la modificación, alteración o sustitución del régimen orgánico, aunque hubiera sido concretado en disposiciones complementarias, debe ser sometida a la consideración del Protectorado, ha de resolverse en sentido positivo. Una vez que la nueva regulación, repetimos, efectúa funciones de estatuto, sea adoptada por el titular del patronato, su definitiva aprobación o control corresponde al órgano titular del protectorado.

Establecido este punto debe estudiarse el alcance de la intervención del Protectorado. En este sentido, se plantean dos aspectos: tipos de intervención y, relacionado con ello, régimen jurídico de la intervención. En la legislación de beneficencia se calificaba la intervención del Protectorado como aprobación, o incluso, y de forma indeterminada, como acción directa o suplencia (10). Ahora bien, las intervenciones del Protectorado únicamente pueden fundamentarse en la necesidad de cumplir de la voluntad de los fundadores y en el respeto del interés público, según ha sido legalmente explicitado. El artículo 6 del R. Decreto de 14 de mayo de 1899 es elocuente (11). La concepción del Protectorado en el derecho vigente permite indicar dos consecuencias inmediatas, según expresión de Morell Ocaña. Por un lado, “queda sobreentendido que la voluntad fundacional está para siempre identificada con una específica manifestación del interés general. Esto es, cumplir la voluntad del fundador es realizar el interés público...”. Por otro, “todas las facultades del protectorado tienden a la actualización de un control sobre las facultades del patronazgo a fin de que éste no se separe en sus decisiones de la voluntad que dio vida a la Fundación, reflejada en sus Estatutos” (12). En consecuencia, la intervención del protectorado está limitada a comprobar el cumplimiento de esta voluntad y la subsistencia del interés público y, lógicamente, la observancia de la normativa aplicable, sin que pueda extenderse el pronunciamiento a criterios de oportunidad sobre la forma de organizar la fundación, ni pueda denegarse la aprobación si el proyecto respeta tales puntos. Por ello, como se ha dicho del acto de clasificación con el que la modificación del Estatuto está íntimamente ligada, la intervención del protectorado es esencialmente reglada y en cualquier caso es fiscalizable por la Jurisdicción Contencioso-administrativa (13). Un examen de la Ley catalana permite establecer con-

(10) Ver a este respecto el artículo 7.8 y 7.2 de la Instrucción de 1899.

(11) “En las fundaciones benéficas particulares se respetará siempre la voluntad de los fundadores...”.

(12) Morell Ocaña, “*Notas sobre el arcaísmo del Derecho de las fundaciones benéficas*”, en Revista española de Derecho Administrativo, 1978, p. 165. Sobre el mismo tema, Sainz Moreno, “*Fundaciones benéficas: algunas consideraciones sobre la intervención del protectorado y la voluntad del fundador*”, en la misma revista, 1979, n. 23, p. 651 y ss.

(13) Garrido Falla, “*La acción administrativa sobre la beneficencia privada y en espe-*

clusiones similares, poniéndose énfasis en el carácter reglado de la intervención del protectorado a través de la técnica de la inscripción en el registro público. Así, el segundo párrafo del artículo 10 prevé que la inscripción tanto la inicial como las sucesivas de los estatutos “únicamente puede ser denegada si los documentos no se ajustan a las disposiciones de esta Ley”. Esta Ley señala, por otra parte, unas pautas sobre la composición de los órganos de gobierno (art. 11) y consagra también el principio de que los patrones tendrán que justificar “la necesidad o la conveniencia, teniendo siempre en cuenta la voluntad fundacional expresa o presumible” (art. 14).

Las consideraciones anteriores nos permiten concluir que un proyecto de modificación del régimen orgánico de una fundación debe someterse siempre al definitivo pronunciamiento del protectorado, que en la legislación actualmente vigente adopta la forma de aprobación. Esta intervención del protectorado debe limitarse a constatar la funcionalidad de la modificación en orden al cumplimiento de la voluntad del fundador y el respeto de la legislación vigente, sin poder entrar en cuestiones de oportunidad ni denegar la aprobación si los anteriores extremos están cumplimentados. La decisión expresa o tácita del Protectorado es recurrible ante los Tribunales Contencioso-administrativos.

V. EL ORGANO TITULAR DEL PROTECTORADO

El actual momento de transición desde un ordenamiento unitario centralista hacia un sistema de autonomías obliga a considerar cual es la administración que ostenta la titularidad del protectorado de las fundaciones.

El Protectorado de las Fundaciones de beneficencia particular ha estado a cargo de la Administración del Estado desde la Ley de 11 de mayo de 1842. El artículo 1 del Real Decreto de 14 de marzo de 1899 confirma el ejercicio del protectorado a través del Ministerio de la Gobernación, cuyas funciones están reguladas en el artículo 7º de la Instrucción de 1899, mientras que en el artículo 8 se establecen las funciones de la correspondiente Dirección General y los artículos 10 y siguientes las de las Juntas Provinciales y los artículos 16 y siguientes las de las Juntas Municipales. Hasta la creación del Ministerio de Sanidad continuó a cargo del Ministerio de la Gobernación el protectorado de las fundaciones benéficas asistenciales, mientras por R. Decreto de 29 de julio de 1911 se atribuyó el ejercicio del protectorado de las fundaciones

benéfico-docentes al Ministerio de Instrucción Pública, hoy de Educación y Ciencia.

En determinadas Comunidades Autónomas con la entrada en vigor del Estatuto de Autonomía ha resultado alterado el esquema de competencias en materia de fundaciones. En el supuesto que ostenten la potestad legislativa, las Comunidades podrán innovar el ordenamiento existente con normas con rango de ley y sustituir las normas estatales —como así se ha hecho con la citada Ley de Fundaciones privadas en Cataluña— y la Administración autónoma podrá ejercer las funciones de protectorado, siempre respecto de fundaciones que ejerzan principalmente sus actividades en el respectivo territorio comunitario, o con otras peculiaridades que se deducen de las diversas cláusulas estatutarias. En el caso de que las competencias autonómicas sean de carácter ejecutivo, la Comunidad Autónoma podrá desarrollar las facultades propias del Protectorado de acuerdo con las condiciones y régimen fijados por las leyes y reglamentaciones estatales.

Ahora bien, para establecer cual es actualmente el órgano titular del protectorado de las fundaciones que llevan a cabo sus funciones principalmente en una comunidad con competencia exclusiva en esta materia, es necesario aclarar dos cuestiones: posibilidad de ejercer el protectorado, aunque el Parlamento autónomo no haya legislado; traspaso de los servicios inherentes a las competencias para la efectividad de las mismas. Este último aspecto es asimismo significativo para las Comunidades que ostentan tan sólo facultades ejecutivas en este campo.

Con respecto al primer punto, puede afirmarse que el ejercicio de la “función ejecutiva e inspección” por parte de la Administración autónoma no está ligado a una previa utilización de las potestades legislativa y reglamentaria por la Comunidad Autónoma. El artículo 149.3 de la Constitución y las prescripciones de los propios estatutos, entre ellos el artículo 26 del Estatuto de Cataluña, señalan de forma expresa el valor supletorio del derecho estatal y por ello, mientras no existan leyes y reglamentos autónomos en la materia, el ejercicio del protectorado se efectuará de acuerdo con lo previsto en el ordenamiento estatal, situación transitoria que ha quedado expresamente contemplada asimismo en diversos Estatutos. Citamos, a título de ejemplo, la Disposición Transitoria Segunda del Estatuto de Cataluña que prevé de forma explícita que “*Mientras las Cortes Generales no elaboren las Leyes a las que este Estatuto se refiere y el Parlamento de Cataluña legisle sobre las materias de su competencia, continuarán en vigor las actuales Leyes y disposiciones del Estado que se refieren a dichas materias, sin perjuicio de que su*

desarrollo legislativo, en su caso, y su ejecución, se lleve a cabo por la Generalidad en los supuestos así previstos en este Estatuto". En consecuencia, la falta de legislación o reglamentación por parte de la Comunidad Autónoma no impediría a dicha institución llevar a cabo las funciones ejecutivas en las materias de su competencia. Dado que el protectorado se sitúa en el nivel de las funciones ejecutivas, no hay duda de que la correlativa competencia corresponde desde la vigencia del Estatuto, en principio, a la Comunidad Autónoma (14).

Debe estudiarse ahora la segunda cuestión antes mencionada, que nos permitirá aclarar la precaución con que se ha formulado esta última conclusión. El Estatuto otorga de forma definitiva a la Comunidad Autónoma las competencias que enumera y con el régimen que en cada caso prevé. No obstante, el ejercicio de dichas competencias, cuando supone el ejercicio de funciones administrativas, puede quedar condicionado al traspaso de los servicios correspondientes (15). Como es sabido, los diversos Estatutos de Autonomía regulan el procedimiento de traspaso cumpliendo la previsión del artículo 147 de la Constitución. Mientras no se efectúe el traspaso de los servicios inherentes a la competencia en materia de fundaciones o, con las matizaciones que señalamos inmediatamente, se dicte una ley comunitaria de fundaciones en el supuesto de las Comunidades que ostentan potestad legislativa en esta materia, el protectorado de las funciones continúa en manos de la Administración del Estado. Si se produce el traspaso, sin que se haya promulgado la ley comunitaria, los servicios de la Administración autónoma ejercerán el protectorado de acuerdo con la ley estatal. De hecho, y para citar un ejemplo, ya se han transferido a la Generalidad de Cataluña las funciones y servicios

cial sobre las Fundaciones de este carácter", en Centenario de la Ley del Notariado IV. Madrid, 1963, p. 379 y ss.

(14) Este ha sido también criterio sentado por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional a partir de la sentencia de 28 de julio de 1981.

(15) El Tribunal Constitucional ha tenido ocasión de puntualizar estos extremos en una sentencia de 7 de abril de 1983. "Ha de entenderse que la titularidad de las competencias corresponde a la Comunidad Autónoma por obra de la Ley Orgánica por medio de la cual se aprobó el Estatuto de Autonomía. Sólo en las situaciones de lo que se llamó "preautonomía" las competencias se adquirieron por medio de traspasos y esta modalidad puede todavía hoy funcionar respecto de aquellas competencias que en el Estatuto no hayan sido mencionadas. Habrá que concluir entonces que no es posible, en puridad, transferir las competencias que corresponden ya en virtud del Estatuto. Si corresponden en virtud de éste, ope legis o ipso iure, como suele decirse, mal se pueden transferir... Si no hay genuina transferencia de competencias cuando la titularidad de éstas ha sido atribuida por los Estatutos, es obvio que tampoco es posible hablar de una transferencia del ejercicio de las competencias y que hay que hablar simplemente de transferencias de los medios personales y materiales necesarios para tal ejercicio".

correspondientes. La operación se realizó de forma separada según se tratara de las fundaciones docentes o de las benéfico-asistenciales (16). En el supuesto de que sin que se haya efectuado el traspaso de servicios un Parlamento autónomo promulgue una Ley de Fundaciones la situación sería bastante compleja; sin embargo, en virtud del principio de jerarquía normativa y de legalidad, y en consideración a los ámbitos constitucionales de las competencias y la forma de atribución de las mismas, parece que la Comunidad Autónoma podría empezar a ejercer, de acuerdo con la nueva legislación autonómica, aunque con una duplicación, los servicios de protectorado, si bien podrían plantearse conflictos con la administración estatal si ésta no cesara en el ejercicio de las funciones e incluso habría dificultades relacionadas con los antecedentes y documentación.

(16) Por R. Decreto 1966/1982, de 30 de julio, se aprobó el acuerdo de traspaso de los servicios estatales en materia de fundaciones docentes.

El R. Decreto 2020/1983, de 29 de junio, aprobó el acuerdo de la Comisión Mixta de transferencias sobre servicios en materia de fundaciones benéfico-asistenciales. En el mismo, además de la entrega de documentos se previó el libramiento de las cantidades en metálico que custodiaban los servicios del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social.